



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000323959

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1531098-36.2024.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CECÍLIO VELASQUEZ RAMOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIA FONSECA FANUCCHI (Presidente sem voto), PINHEIRO FRANCO E GERALDO WOHLERS.

São Paulo, 1º de abril de 2025.

JOÃO AUGUSTO GARCIA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 5.357.

APELAÇÃO Nº. 1531098-36.2024.8.26.0050.

**APELANTE: CECÍLIO VELASQUEZ RAMOSAPELADO:
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.**

COMARCA: SÃO PAULO (28ª VARA CRIMINAL).

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – TRÁFICO DE DROGAS. Preliminar – Ilicitude da prova – Violação de domicílio não evidenciada – Justa causa - Validade da busca e ingresso em domicílio motivada por fundada suspeita - Flagrante de crime permanente – Precedentes – Prova lícita. Pleito absolutório por insuficiência de provas – Impertinência da tese – Materialidade e autoria bem demonstradas - Drogas e petrechos apreendidos, aliados a relatos dos policiais, tais que potencializam a tese da Denúncia - Conjunto probatório apto a sustentar a condenação, prática de traficância configurada, sem margem para desclassificação para a figura do artigo 28, § 1º, da Lei específica. Condenação incensurável. Dosimetria – Pena base estabelecida beneficemente no mínimo legal, diante da quantidade e perniciosidade das drogas (*'ne reformatio in pejus'*), tornada definitiva - Tráfico privilegiado incompatível - Circunstâncias que evidenciam a dedicação às atividades criminosas, havendo indicativos de comércio habitual e organizado, não se tratando de pequeno iniciante. Regime fechado, proporcional e adequado, diante da gravidade intrínseca do crime. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e *Sursis por critérios objetivos*. Custódia cautelar mantida ao réu. Afastada a preliminar, no mérito, negado provimento ao Recurso.

Trata-se de recurso de Apelação interposto por **CECÍLIO**

VELASQUEZ RAMOS insurgindo-se contra a r. sentença de fls.157/163, que o condenou como incurso no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, a pena de 05 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial fechado e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no piso; pelos fatos descritos na denúncia de fls.53/57, ocorridos no dia 20 de agosto de 2024.

Inconformado com a r. Sentença, apelou o acusado (fls.176/183) requerendo em síntese, preliminarmente, o reconhecimento da ilegalidade da busca domiciliar e a nulidade das provas dela resultantes. No mérito, pede a absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, requer a desclassificação da imputação original para o delito previsto no art. 28 da Lei de Drogas, a aplicação do redutor de pena estabelecido no parágrafo 4º, da Lei 11.343/06, a fixação de regime mais brando para cumprimento de pena, e o direito de recorrer em liberdade.

Regularmente processado o recurso, com contrarrazões às fls. 187/216.

A d. Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fls.237/242 é pelo desprovimento do apelo defensivo.

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º, da Resolução nº 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução nº 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não houve oposição a essa forma de julgamento.

É o relatório do essencial.

Conforme registrado na denúncia (fls.53/57):

“Consta dos autos que, no dia 20 de agosto de 2024, por volta de 16h35min, na Rua Ninete, altura do número 59, Limão, nesta cidade e comarca, CECÍLIO VELASQUEZ RAMOS, qualificado à fl. 15, guardava, para entrega ao consumo de terceiros, um tijolo de cocaína na forma de “crack”, com massa líquida de 973,6 gramas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (auto de exibição e apreensão às fls. 42/43 e laudo de constatação às fls. 12/14).

Segundo apurado, no dia dos fatos, os policiais receberam informação de indivíduo de origem boliviana que estava praticando o crime de tráfico de drogas na região dos fatos, sendo que, no local, abordaram o ora denunciado, o qual após informado da denúncia, permitiu o ingresso dos policiais no imóvel em que guardava a droga apreendida, além de uma folha de caderno com anotações e a quantia de R\$ 170,00.

Preso em flagrante delito e conduzido à delegacia, o denunciado optou pelo silêncio (fl. 05).

Ressalte-se que enorme quantidade (um tijolo com quase 1kg de massa líquida do entorpecente) de droga de alto poder vulnerante e viciante (“crack”) evidencia a prática do nefasto comércio pelo denunciado.”

Passemos à análise, havendo arguição de preliminar.

Pois bem, observa-se que a insurgência Defensiva aponta a pretensão do reconhecimento da nulidade de prova ilícita em decorrência da violação de domicílio, revelando-se ilegal.

Diante dos elementos contidos nos autos, não se evidencia nenhuma ilicitude de provas, inexistindo violação de domicílio do réu.

Ainda que o apelante não houvesse permitido a entrada dos policiais, há que se considerar que havia indícios da prática de crime no local. Tendo em vista o caráter permanente do tráfico de drogas, cuja consumação se prolonga no tempo, a revista que acarretou a prisão em flagrante não configura prova ilícita.

Ora, os agentes públicos narraram que **no dia e local dos fatos, policiais civis receberam informação privilegiada de que um indivíduo boliviano estava comercializando substâncias ilícitas naquela localidade. Chegando ao endereço indicado, os policiais avistaram o recorrente sair do imóvel e o abordaram. Na ocasião, Cecílio permitiu que eles adentrassem à residência, sendo localizado em seu interior um “tijolo” de cocaína na forma de “crack”, com massa líquida de 973,6 gramas, além de anotações e dinheiro, típicos da traficância.**

Portanto, se dirigiram para o local dos fatos, assim resolveram pela abordagem e busca domiciliar, deparando com a droga apreendida no interior do imóvel, reforçando a narrativa de um ambiente utilizado para fins ilícitos. **Os agentes da lei visualizaram a situação de flagrante delito com o**

encontro de expressiva quantidade de drogas, além de folha de anotações e dinheiro, evidenciado a prática do tráfico de drogas pelo denunciado e restando comprovada a fundada suspeita, circunstância corroborada pela localização de considerável quantidade de entorpecentes na residência do apelante.

Inegável que diante de imóvel utilizado para o tráfico, conforme mencionado pelos agentes policiais, é relativizado a inviolabilidade domiciliar.

Cumpre destacar que o delito de tráfico de drogas possui **natureza permanente**, uma vez que sua consumação se prolonga no tempo enquanto o agente mantém em seu poder, sob qualquer forma de guarda ou depósito, substâncias entorpecentes destinadas ao comércio ilícito. **Assim, o réu encontrava-se em situação de flagrante delito durante todo o período em que armazenou no imóvel em questão as substâncias ilícitas.**

A palavra dos policiais deve ter importância, notadamente quanto a buscas domiciliares.

Com efeito, no caso dos autos, restou bem demonstrado que, munidos da informação de que naquela residência se armazenava drogas, o que restou confirmado na realização da apreensão de expressiva quantidade dos entorpecentes, além de petrechos típicos.

Houve legitimidade da ação policial, uma vez configurada justa causa, conforme o Plenário do Supremo Tribunal Federal recentemente

decidiu em caso semelhante (HC 169.788/SP, relator Ministro Edson Fachin, redator do acórdão Ministro Alexandre de Moraes, julgamento virtual finalizado em 01.03.2024): *"não há ilegalidade na conduta dos policiais militares que, respaldados em razões fundadas sobre a existência de flagrante delito de tráfico de drogas na modalidade de 'ter em depósito', adentram, sem mandado judicial, na residência daquele que, agindo de maneira suspeita, corre para dentro de sua casa ao perceber a aproximação da viatura policial."*

O caso narrado também se encontra em conformidade com o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça:

(...) o ingresso em moradia alheia depende, para sua validade e sua regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. Precedentes desta Corte. (HC 588.445/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/08/2020, DJe 31/08/2020).

No mesmo aspecto, por esta E. 5^a Câmara Criminal de Direito Criminal:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO e ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. Preliminar de nulidade da busca pessoal e domiciliar afastada. Fundada suspeita baseada em investigações preliminares. Quebra da cadeia de custódia. Inocorrência. Mérito. Materialidade e autoria bem demonstradas. Os réus coordenaram entre si a atividade de comércio ilícito de drogas em Guarulhos. Polícia Civil monitora a rotina dos

acusados, constatando que um atuava como gerente responsável pelo abastecimento das drogas, enquanto os demais cuidavam da vigilância dos entorpecentes. Confissão de dois acusados, corroborada pelos depoimentos dos policiais responsáveis pelo flagrante. Habitualidade associativa sobejamente comprovada nos autos. Condenação mantida. Dosimetria Penal. Réus Igor e Miléo: Penas exasperadas proporcionalmente à quantidade e variedade das drogas (298,5g de maconha e 321,8g de cocaína). Confissão espontânea reconhecida. Penas de associação fixadas no mínimo legal e não alteradas nas demais fases. Adequado. Réu Elton: Penas exasperadas considerando a quantidade de droga, maus antecedentes e o cometimento do crime enquanto cumpria pena em regime aberto. Confissão extrajudicial reconhecida, compensada integralmente com a reincidência em relação ao crime de tráfico e parcialmente em relação à associação para o tráfico, devido à especificidade. Sentença reformada nesse ponto, com repercussão. Não presentes os requisitos para reconhecimento do privilégio, havendo elementos seguros no sentido de que o trio, em comparsaria e associação, dedicava-se às atividades criminosas. Regime fechado para todos os réus, dado ao montante da pena, observada a questão da necessidade e suficiência, tais que impedem a concessão de benefícios penais. Detração a ser apreciada pelo Juízo das Execuções no momento oportuno, comprovando-se os requisitos legais. Recursos de Igor e Miléo não providos. Recurso de Elton parcialmente provido, com repercussão. (TJSP; Apelação Criminal 1502427-37.2023.8.26.0535; Relator (a): JOAO AUGUSTO GARCIA; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Guarulhos - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 18/06/2024; Data de Registro: 18/06/2024).

Pontua-se que, policiais, numa situação dessas, não agir, aí sim seria conduta anormal.

Nesse contexto, é possível concluir que a busca realizada foi válida. Havia uma fundada suspeita de flagrante de crime permanente. Era

preciso averiguar.

E essa suspeita foi confirmada, com a constatação e apreensão das drogas armazenadas no imóvel, além de petrechos típicos do tráfico; em clara e inequívoca situação de flagrante delito, de crime permanente. Portanto, a abordagem realizada pelos policiais se mostrou justificada e em conformidade com os procedimentos legais. Nessas circunstâncias, se tem entendido que estão presentes fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indicam que dentro da casa ocorria situação de flagrante delito.

Configurado, inclusive, o **estado de flagrância, em crime permanente**, razão pela qual a abordagem mostrou-se fundamentada, segundo, inclusive, precedentes recentes do STJ e do STF.

Assim, a operação policial observou os ditames constitucionais e legais, sendo conduzida de maneira legítima e respaldada por uma diligência minuciosa e eficaz.

De mais a mais, em se tratando do crime de tráfico de entorpecentes, a busca prescindiria de mandado judicial ou concordância de eventuais moradores.

Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal em mais de uma oportunidade, inclusive em Recurso Extraordinário representativo da controvérsia (Tema 280 da sistemática de repercussão geral):

“Em se tratando de delito de tráfico de drogas praticado, em tese, na modalidade ter em depósito, a consumação se prolonga no tempo e, enquanto configurada essa situação, a flagrância permite a busca domiciliar, independentemente da expedição de mandado judicial, desde que presentes fundadas razões de que em seu interior ocorre a prática de crime.” (STF - RE 603.616 Repercussão Geral-, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 10/5/2016. (Grifo nosso).

“Nesse contexto, é de considerar-se legítima a atuação dos policiais militares que executaram a prisão em flagrante do acusado, mormente porque os referidos agentes públicos agiram depois de verificarem que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. Tanto que o flagrante resultou na apreensão da droga (cocaína) e 2 balanças de precisão.” (STF HC 210.777 SE. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. J. em: 23/12/2021. (Grifo nosso).

Portanto, não há vício a ser pronunciado.

Urge destacar que a decretação de nulidade de qualquer ato processual, seja de natureza administrativa ou jurisdicional, exige a demonstração inequívoca do prejuízo efetivo suportado pela parte, em observância ao princípio *"pas de nullité sans grief"*.

No caso sob exame, a defesa não logrou êxito em comprovar a existência de prejuízo concreto decorrente da alegada irregularidade.

Assim, **rejeita-se a preliminar arguida e**, procede-se à análise do mérito.

A materialidade e autoria delitivas estão demonstradas no auto de prisão em flagrante às fls.01/02, boletim de ocorrência às fls.06/08, laudo de constatação provisória (fls.12/14), auto de exibição e apreensão (fls.42/43), anotações relacionadas ao tráfico de drogas (fls.44/45), relatório final (fls.49/50), laudo de exame químico toxicológico que detectou a presença de "cocaína" (fls.67/69) e pelos demais elementos da prova oral carreados aos autos.

A testemunha de acusação Dárcio, policial civil, reconheceu o apelante em juízo e não o conhecia antes dos fatos. Narrou, em síntese, **“receberam informação privilegiada. Quando ele saiu da casa ele foi abordado, confessou, franqueou a entrada e encontraram droga embaixo da pia e no guarda-roupa dinheiro em notas picadas, R\$ 170,00 (cento e setenta reais) se não se engana. Encontraram anotações.** A informação foi através de denúncia. Foram conferir e fizeram campana para fazer a abordagem. Ele falou que a droga não era dele, que era de outra cara cujo nome ele não soube informar, mas estava guardada lá. O réu residia no local com a mulher e uma criança. Na campana esperaram ele sair e quando ele saiu ele foi abordado”.

Por sua vez, a testemunha Rogério, policial civil, apresentou versão convergente com a do outro policial militar, em resumo, “reconheceu o réu em juízo e não o conhecia antes dos fatos. Disse que tinham informações de alguém vendendo substâncias ilícitas naquela localidade. Ele saiu da casa, foi abordado, permitiu que entrassem e no interior da casa encontraram as drogas. Além da droga houve localização de anotações. Não lembra exatamente a origem da informação que receberam. Fizeram campana, aguardaram. Era para ver se existia comércio ilícito de

entorpecentes, mas observaram ele saindo da casa e fizeram a abordagem. Fizeram busca pessoal e nada foi encontrado com ele em frente à residência. Ele permitiu a entrada na residência, mas não lembra se tem autorização por escrito”.

Insta salientar que **não há motivo para duvidar das palavras dos policiais**. É entendimento jurisprudencial consolidado que as palavras dos agentes de segurança possuem especial idoneidade, em especial quando corroboradas pelas demais provas dos autos e prestadas sob compromisso.

No mais, **as declarações dos agentes de segurança pública encontram robusto respaldo nos elementos de prova**, confirmando tanto a materialidade quanto a autoria do crime. Os policiais **prestaram depoimentos firmes e detalhados**, sobre como foi feita a denúncia e a abordagem. Ainda, detalharam a busca e a grande quantidade de entorpecentes e os petrechos típicos da traficância.

No ponto:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. PALAVRA DE POLICIAIS. PROVA PARA A CONDENAÇÃO. VALIDADE. INSUFICIÊNCIA DO ACERVO PROBATÓRIO. INVIABILIDADE DE ANÁLISE NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. WRIT NÃO CONHECIDO. I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em

que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício. II - O depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes. III - Ademais, no caso dos autos, constou do v. acórdão vergastado que os depoimentos dos policiais são corroborados por outros elementos probatórios, notadamente a apreensão de considerável quantidade de crack, de forma a demonstrar que a droga tinha por destinação o tráfico ilícito. IV - Afastar a condenação, in casu, demandaria o exame aprofundado de todo conjunto probatório, como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória. Habeas corpus não conhecido. (STJ - HC: 404507 PE 2017/0146497-9, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 10/04/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/04/2018). (grifei).

No mesmo sentido o entendimento desta C. 5ª Câmara de Direito Criminal:

Receptação qualificada. Réu, proprietário de uma banca de venda de telefones celulares e acessórios, que adquire um aparelho celular, produto de roubo, por valor bem abaixo do mercado e desprovido de qualquer documentação por parte do vendedor. Provas da autoria e materialidade bem definidas. Palavras da ofendida e do policial militar precisas, correntes e que dão conta da responsabilidade penal do acusado. Negativa do denunciado isolada nos autos. Condenação de rigor. Penas bem dosadas. Substituição que atende à finalidade da lei. Regime aberto fixado. Apelo improvido, afastada a preliminar. (TJSP; Apelação Criminal 0040844-77.2019.8.26.0114; Relator (a): Pinheiro Franco; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Campinas - 6ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 19/09/2023; Data de Registro: 19/09/2023).

Em seu interrogatório perante a Autoridade Policial, o acusado permaneceu em silêncio (fls.05).

Quando de seu interrogatório judicial negou os fatos. Disse que “tem um amigo que chegou antes de ser preso pela polícia e pediu ajuda, para dormir na casa. Ajudou, deu um quarto para ele, ele dormiu uma noite, no dia seguinte ele saiu e pouco tempo depois chegou a polícia e prendeu o interrogando. O amigo, esqueceu o nome. Ele saiu e não voltou. Ele ia dormir só uma noite. E no dia seguinte ele saiu da casa. Os policiais encontraram a droga na cozinha. Enquanto estava trabalhando esse cara entrou na cozinha. Trabalhava na própria casa. Não viu ele mexer na cozinha. Não sabe nada dessa pessoa. Nunca foi processado. Não conhecia os policiais. Não permitiu a entrada dos policiais, quando estava saindo eles abordaram na porta”.

Robusta a prova que pesa contra o acusado, já que não infirmou em nenhum momento a apreensão das drogas, registros de operações comerciais (anotações) típicas do tráfico e dinheiro apreendidos na casa que servia para guardar as drogas destinadas à venda ilegal, além disso, sua versão não possui credibilidade, vez que sequer soube apontar o nome do amigo que seria o proprietário dos entorpecentes.

A finalidade mercantil restou evidenciada pela natureza e quantidade das drogas, eis que, no local, havia crack na quantidade de 973,6 gramas, substância de altíssima nocividade e poder viciante, além de anotações do tráfico, denotando que não se tratava de mero usuário, mas sim de fornecedor de drogas em larga escala, sendo, inclusive um dos principais

vendedores da região em se levando em consideração toda a quantidade deste entorpecente em forma fracionada, bem como em razão das demais circunstâncias da prisão em flagrante, não havendo dúvida de que o acusado, mesmo ciente da ilicitude de sua conduta, praticou o crime de tráfico, **tendo em depósito expressiva quantidade de entorpecentes** sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Outrossim, as anotações, o dinheiro e notadamente os laudos periciais também confirmam o tráfico realizado pelo acusado, já que bem aponta a mercancia dos narcóticos por ele, destacando-se que tudo foi apreendido na residência.

Vê-se claramente que o réu estava traficando drogas.

O conjunto dos elementos probatórios coligidos atestam, sem sombra de dúvidas, a autoria delitiva.

O crime de tráfico consuma-se pela prática de uma das várias condutas previstas no tipo penal. Quem traz consigo a droga, ou a mantém sob guarda ou em depósito, já consumou a infração. Anoto, por oportuno, que, para a configuração do delito de tráfico de drogas, não seria necessária prova da mercancia, pois o simples fato de, com essa finalidade, guardar, manter em depósito, trazer consigo, fornecer, ainda que gratuitamente, a substância, também caracteriza o crime em questão.

Ressalta-se o ensinamento de Fernando de Almeida Pedroso:

“em sede de tráfico de substância entorpecente, constituem prova indiciária do malsinado e vil comércio, exemplificativamente, a quantidade apreendida de estupefacientes, denotando sua incompatibilidade com a destinação para o próprio uso; a forma de fragmentação e acondicionamento do tóxico, confeccionado em diversas embalagens ou unidades distintas e individuais, indicando o propósito de venda a varejo”.

Não há dúvidas, pois, de que as **substâncias periciadas** foram as mesmas apreendidas. Todos os procedimentos foram devidamente documentados, **não havendo qualquer mácula capaz de lançar dúvida sobre a perícia realizada**, restando no vazio os questionamentos no tocante a falta de potencialidade das drogas, até porque o próprio apelante fala em uso daquelas, de modo que atendia as necessidades dos usuários, com o poder viciante inerente.

E nem se alegue que a ausência de fotos, vídeos e testemunhas civis no ato da prisão implica em circunstância hábil a macular o ato. Como é sabido, em crimes desta espécie, apenas os agentes públicos costumam depor contra os agentes, porque o cidadão comum tem medo, o que é natural e humano. E exigir a apresentação de fotos, vídeos ou a presença de testemunha civil no ato da prisão de traficantes equivale a criar barreira intransponível à condenação desse criminoso. E barreira não prevista em lei, nunca é demais frisar.

O dolo de traficar, portanto, está bem demonstrado, de acordo com o decidido em sentença de primeira instância, não ficando margem para a desclassificação do tipo penal da Denúncia para a figura do mero porte para uso.

No mais, as circunstâncias da apreensão não se coadunam com a pretensão de desclassificação da conduta para a posse de entorpecente para uso próprio, eis que foi localizado em posse do apelante um tijolo de cocaína na forma de “crack”, com massa líquida de 973,6g, ou seja, quantidade significativa de narcóticos, para fins de tráfico e suficientes para abastecer a vários usuários, e assim potencial de lucro alto. E mais, também foram encontrados papéis contendo anotações do tráfico e dinheiro vivo.

Assim, em que pese os argumentos da combativa Defesa, constata-se que a prova oral, somada à apreensão de drogas durante a diligência, bem como as circunstâncias da abordagem policial, sendo o encontro dos entorpecentes, em verdade, a materialização da típica prática de traficância, elementos estes mais que suficientes para embasar um decreto condenatório pelo delito de tráfico de drogas, inviabilizando, portanto, o argumento defensivo de desclassificação para o delito previsto no artigo 28, § 1º, da Lei Federal 11343/06.

Mesmo sendo viciado, o fato não isenta responsabilidade no crime que lhe foi imputado na inicial acusatória, tendo em vista que a grande maioria das pessoas que se envolvem nesse tipo de delito, busca satisfazer seu próprio vício, recebendo como forma de pagamento pela mercancia ilícita que vem praticando. Portanto, a condição de usuário não exclui a de traficante.

Nessa esteira, já se manifestou esta Corte: “*A alegação de viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente na hipótese vertente, em que ambas se mesclam num mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade*” (TJSP RJTJSP, 101/498).

Na verdade, a conduta inserida em qualquer dos verbos contidos no artigo 33 da Lei de Drogas, implica em tráfico, onde o dolo é sempre genérico.

No mesmo sentido: *“Importante ressaltar, ainda, que para a configuração do crime de narcotráfico, sequer é exigido qualquer ato de mercancia, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância proibida, não sendo necessária a traditio para consumação do delito”* (RJTJSP- vol. 97, pág. 512 - Apelação Criminal 0000272-15.2018.8.26.0470 - Des. Marco Antônio Cogan Data do julgamento: 06/02/2020).

Assim, diante do conjunto probatório coligido, que bem demonstrou a materialidade e a autoria delitiva, é de rigor a manutenção da condenação das acusadas pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei Federal 11343/06, artigo 33), não havendo que se falar em insuficiência de provas ou desclassificação para o delito previsto no artigo 28, § 1º, da Lei de Tóxicos.

Em suma, o quadro probatório contém elementos de convicção, de modo a não deixar dúvidas sobre a prática, pelo recorrente, do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, não se verificando, no caso em tela, quaisquer das hipóteses previstas no artigo 386, “caput”, incisos I a VII, do Código de Processo Penal.

Por tudo, incensurável a condenação do apelante, de modo que

improcede o recurso Defensivo.

Passemos à dosimetria da pena.

Na primeira fase, o Juízo de origem não vislumbrou circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, por ser primário e não ostentar maus antecedentes, fixando a pena base no mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão e o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no piso.

Benéfico ao réu, posto, que em observância ao enunciado do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, poderia haver consideração as circunstâncias do crime a merecer exasperação nesta etapa diante da expressiva **quantidade de entorpecentes, além da perniciosidade** das drogas apreendidas ("um tijolo de cocaína na forma de **“crack”**, **com massa líquida de 973,6 g.**"), altamente nociva à saúde pública, o que permitiria servir considerável número de usuários, já que cada grama em média possibilita perfilar 7 "carreiras", segundo estudos.

É a própria aplicação do art. 42 da Lei Antidrogas: *Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.*

Assim, tanto a quantidade como a natureza nociva e poder viciante capaz de resultados devastadores em seus consumidores, bem como em razão das demais circunstâncias da prisão em flagrante, o que denota merecida exasperação compatível com a gravidade do caso concreto.

Confira-se a ementa:

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE FUNDAMENTADA NA VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. ART. 42, DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL ADEQUADO. CIRCUNSTÂNCIAS PRESENÇA DE JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos. II - Com efeito, o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a quantidade, natureza e diversidade das substâncias ou dos produtos apreendidos, a personalidade e a conduta social do agente. III - Na presente hipótese, a Corte de origem fixou a pena-base do paciente acima do mínimo legal considerando "que foram apreendidos mais de um tipo de entorpecente, sendo um deles o crack, que possui alto poder lesivo à saúde e elevada capacidade de causar dependência em seu usuário, o que justifica a exasperação da reprimenda inicial, nos termos do art. 42 da Lei de Drogas" (fl. 393), razão pela qual o v. acórdão, quanto ao ponto, se encontra de acordo com a jurisprudência desta Corte Superior. Precedentes. IV - No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, conforme o disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal, a sua fixação pressupõe a análise do quantum da pena, bem como das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal. V - In casu, verifico que inexistente flagrante ilegalidade a ensejar a concessão da ordem de ofício, uma vez que a valoração negativa das circunstâncias judiciais indicadas no acórdão, justifica a manutenção do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena pelo paciente (fl. 396). Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 810.363/AL, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 28/8/2023, DJe de 31/8/2023.) (grifei).

No entanto, sem reclamo do legitimado, nada por modificar, forte no *“ne reformatio in pejus.”*

Na segunda fase, não reconhecidas quaisquer circunstâncias judiciais agravantes ou atenuantes por valorar, se mantendo a pena intermediária no mesmo patamar anteriormente fixado, ou seja, o piso legal de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Adequado.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou diminuição de pena (majorantes/minorantes).

Vale ressaltar que o Juízo de origem corretamente não reconheceu a causa especial de diminuição de pena, vez que não preenchidos os requisitos legais para a modalidade privilegiada, assim, deixando de aplicar o redutor previsto pelo art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

E, à mingua de quaisquer outros elementos modificadores, tornou-se a **pena definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa**, estes fixados no piso legal.

Pleiteou a Defesa por reconhecimento do tráfico privilegiado, porém, não é possível o acolhimento.

A negativa se justifica não apenas pela **expressiva quantidade e perniciosidade dos entorpecentes apreendidos**, mas também **pela presença**

dos registros de operações comerciais, ou seja, as folhas de anotações do tráfico e o dinheiro em espécie, todos encontrados na residência e de posse do réu. Esses elementos, somados ao contexto dos fatos, deixam claro que o réu não apenas possuía as substâncias ilícitas, mas também se dedicava à atividade criminosa de forma estruturada, com o evidente propósito de comercialização, e não para mero consumo pessoal.

Nesse aspecto pelo C. Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AFASTAMENTO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS E PETRECHOS DE MERCANCIA APREENDIDOS. INCIDÊNCIA DO ART. 40, V, DA LEI N. 11.343/2006. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO. I. CASO EM EXAME

1. Agravo interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial no qual o recorrente contestava a condenação por tráfico de drogas e a não aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. O recorrente, primário, alegava que a quantidade de drogas não seria suficiente para evidenciar dedicação à atividade criminosa. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) determinar se a quantidade de entorpecentes apreendida, por si só, é suficiente para afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado; e (ii) verificar a adequação da dosimetria da pena. III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A jurisprudência desta Corte estabelece que, para a concessão da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, o réu deve preencher cumulativamente os requisitos de primariedade, bons antecedentes, não dedicação a atividades criminosas e não pertencimento a

organização criminosa.

4. No caso em análise, a expressiva quantidade de drogas apreendidas (644,93 gramas de maconha e 5,89 gramas de ecstasy), aliada à apreensão de balança de precisão e materiais característicos do tráfico, indicam dedicação do recorrente a atividades ilícitas, justificando o afastamento da minorante do tráfico privilegiado.

5. A causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei nº 11.343/2006, referente ao transporte de drogas, foi corretamente aplicada, o que reflete na exasperação da pena.

6. A revisão da dosimetria da pena, com base no entendimento desta Corte, resulta na fixação da pena em 5 anos e 10 meses de reclusão, mais 583 dias-multa, mantendo-se o regime inicial fechado.

IV. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO.

(AREsp n. 2.229.406/MG, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 26/11/2024, DJe de 17/12/2024).

É também entendimento desta E. 5ª Câmara Direito Criminal:

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS e POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO e MUNIÇÕES – Materialidade e autoria evidenciados – Incursão policial válida – Autorização documentada – Adolescente que teria acompanhado as diligências, não arrolada como testemunha – Acusado que detinha medida cautelar em seu desfavor, em razão do cometimento de crime análogo, há menos de um mês – Portaria do condomínio que não é plenamente operante – Coação não alegada perante a D. Autoridade Policial – Ausência de falta funcional dos policiais – Crimes permanentes – Condenação como medida necessária – Circunstâncias judiciais preponderantes desfavoráveis – Quantidade dos entorpecentes – Inteligência do art. 42 da Lei nº 11.343/06 – "Tráfico-privilegiado" obstado – Apreensão de dinheiro e balança de precisão – Dedicação a atividades criminosas – Apreensão conjunta de munições que denota maior reprovabilidade – Concurso material delineado - Regime inicial

fechado como único apto a reprovar, e, principalmente ressocializar, no que tange ao tráfico – Regime intermediário lançado no tocante à infração prevista no Estatuto do Desarmamento – Prisão preventiva – Ausência de pedido pelo Legitimado – Decretada a perda dos bens apreendidos, salvo o aparelho celular, em relação ao qual deve o D. Juízo de origem observar o constante no art. 123 do CPP - Recurso provido, com determinação. (TJSP; Apelação Criminal 1501400-36.2023.8.26.0594; Relator (a): JOAO AUGUSTO GARCIA; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Bauru - 4ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 19/11/2024; Data de Registro: 19/11/2024) (grifei).

Não se trata de pequeno iniciante no crime.

Assim, na derradeira, corretamente o “tráfico-privilegiado” foi afastado.

Aqui, a circunstância deve ser vista como pressuposto vedatório, e não como hipótese de agravação.

Ou seja, contrapõe-se com a positividade da primariedade.

Portanto, bem definidas as reprimendas, não há nada a reparar.

O regime, pelas mesmas razões, deve ser mesmo o fechado. O

envolvimento do réu, diante das circunstâncias dos fatos, com o tráfico é inconciliável com regime mais brando, conforme pretendido na irresignação da Defesa, dada a gravidade da situação, a quantidade e perniciosidade das drogas (tijolo de 'cocaína' na forma de 'crack'), e até as **folhas de anotações e dinheiro** típicos do tráfico apreendidos, exigindo repressão mais severa do Estado, não prosperando a insurgência da Defesa.

Portanto, o regime mais gravoso é o único apto a reprovar, e, principalmente, ressocializar.

E isto é suficiente:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, conforme o disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal, a sua fixação pressupõe a análise do quantum da pena, bem como das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do mesmo diploma legal.

2. Considerando a existência de circunstância judicial desfavorável utilizada para exasperar a pena-base - apreensão de 300,065 kg (trezentos quilogramas e sessenta e cinco gramas) de maconha -, o regime mais gravoso sequente, qual seja, o fechado, mostra-se adequado ao caso, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 855.441/PR, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do

TJDFT), Sexta Turma, julgado em 24/6/2024, DJe de 26/6/2024).

Da mesma forma, a natureza hedionda e as circunstâncias do crime, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não se revela socialmente recomendável. Aliás, já não seria cabível a substituição penal ante a elevada quantidade da pena, que ultrapassa o limite de 04 (quatro) anos previsto no art. 44 do Código Penal.

Assim, inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou sursis, vez que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos deve ser pautada pelas circunstâncias do caso concreto, tomando-se por base os critérios legais dispostos nos artigos 44 e 77, ambos do Código Penal.

A manutenção da custódia cautelar se faz impor como medida necessária.

Permanecem inalterados os motivos que ensejaram a custódia cautelar na origem, a qual não pode ser tornada insubsistente, subsistindo a necessidade de resguardar a ordem pública, sobretudo em razão da superveniência de sentença condenatória pela prática de crime equiparado a hediondo, pelo que se recomenda-se o réu no cárcere em que se encontra preso, cabendo consignar ter a monocrática agido com acerto, até porque as medidas cautelares diversas da prisão seriam inoportunas e insuficientes.

Observe-se julgado desta C. 5ª Câmara de Direito Criminal:

Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Pleito de concessão da liberdade provisória e aplicação de medidas cautelares diversas do cárcere. Presença dos pressupostos da prisão processual. Imprescindibilidade da custódia cautelar para a garantia da ordem pública. Constrangimento ilegal não configurado. Ordem denegada. (TJSP; Habeas Corpus Criminal 2224344-27.2023.8.26.0000; Relator (a): Damião Cogan; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Caconde - Vara Única; Data do Julgamento: 06/10/2023; Data de Registro: 06/10/2023).

A Detração é matéria a ser posta perante o juízo das execuções penais, oportunamente, comprovando-se os requisitos legais.

Enfrentadas todas as teses propostas, tem-se que as matérias estão prequestionadas.

Posto isso, pelo meu voto, **afastada a preliminar, no mérito, NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO**, subsistindo a r. sentença prolatada em seus termos, pelos próprios e jurídicos fundamentos.

JOÃO AUGUSTO GARCIA
Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO